# XVIII.
# Civilistische Bemerkungen
von Mühlenbruch.

## 1.
## Über L. 14. §. 3. D. *de alim. vel cibariis legat* (XXXIV. 1.)

Gegen die bekannte Eintheilung der Servituten in reguläre und irreguläre haben sich in neueren Zeiten gewichtige Stimmen erhoben [1]), so daß dieselbe immer mehr aus unseren Rechtssystemen verschwindet. Man gründet diese Eintheilung darauf, daß bisweilen ein Recht, welches unsere Quellen zu der Classe der Prädialservituten zählen, als Personalservitut constituirt wird, ferner, daß servitutes praediorum rusticorum auch als Gebäudeservituten, und umgekehrt, vorkommen [2]). Was nun v. Löhr gegen den Begriff der irregulären Servituten vorbringt, besteht der Hauptsache nach in Folgendem: „Wird eine dingliche Servitut als persönliche constituirt, so ist nie jene, sondern immer ein usus oder ususfructus vorhanden; wird eine servitus rustica als urbana bestellt, so kann man diese zwar in einem gewissen Sinne urbana nennen: sie behält aber immer alle Eigenthümlichkeiten der *servitutes praediorum rustico-*

1) J. B. v. Löhr in dem Magazin für RW. und Gesetzgebung. Bd. IV. Abh. XVI. S. 495 fgg. (nr. 4); der Sache nach auch Hasse in dem Rhein. Museum. Bd. I. S. 74.

2) L. 2. D. de *S. P. U.* (VIII. 2). L. 2. D. de *S. P. R.* (VIII. 3). L. 11. §. 1. D. de *publ. in rem act.* (VI. 2).

*rum* und umgekehrt." — Könnte man das letztere mit Zuversicht behaupten, so würde dies gerade ein sehr gutes Argument für die von Löhr verworfene Distinction enthalten; denn Gebäudeservituten sind diejenigen, »quae aedificiis inhaerent« [3]; giebt es daher dergleichen Servituten, auf welche aber dennoch die für die servitutes praediorum rusticorum geltenden eigenthümlichen Rechtsgrundsätze angewandt werden, so ist dies ganz unstreitig eine Regelwidrigkeit. Und in der That sprechen die überwiegenden Gründe dafür, daß z. B. das für die Aufhebung der Feldservituten durch befreiende Verjährung eigenthümliche Recht [4]) auch angewandt wurde, wenn ein Servitutenrecht, welches ursprünglich nur als servitus praedii rustici vorkam, mit einem Gebäude verbunden war, — wie dies namentlich bei dem Durchgangsrecht (jus itineris) häufig der Fall ist. Schwierigkeit macht hierbei freilich eine Stelle von Neratius [5]), worin das jus altius tollendi und andere regelmäßig nur bei Gebäuden vorkommende Servituten, wenn sie zum Besten eines pr. rusticum begründet sind, geradezu servitutes rusticorum praediorum genannt werden; man könnte daraus allenfalls schließen, daß das berechtigte Grundstück stets den Begriff, und also auch den juristischen Character des Servitutenrechts bestimmt habe [6]). Indessen mag dies hier auf sich beruhen bleiben, da uns lediglich die Frage beschäftigt, ob zur Ausübung eines Rechts, welches in der Regel nur als Prädialservitut vorkommt, wenn es zwar als Servitut, jedoch mit Beschränkung auf die Person des Erwerbers bestellt ist [7]),

3) §. 1. J. *de servitutibus.*

4) L. 6. D. *de servit. praed. urb.*

5) L. 2. D. de *servit. praed. rust.*

6) Vgl. über diese Stelle Glück's Pandektencommentar. Bd. IX. §. 622. S. 28—30.

7) Daß dies angeht, wird durch L. 6. und L. 8. D. *de serv. pr. rust.*

der Besitz eines praedium vicinum erfordert werde? Diese Frage nun ist, nach meiner Überzeugung, im Allgemeinen zu bejahen.

Servitutenrechte sind durch ein practisches Bedürfniß veranlaßt. Zwar blieb man dabei nicht stehen, es kamen Servituten auf, welche lediglich dem Luxus, der Bequemlichkeit, dem Vergnügen dienten, oder doch nur um eines persönlichen Vortheiles und Gewinnes willen begründet waren. Allein die Begriffe, die sich unter dem Einflusse jenes practischen Bedürfnisses ausgebildet und befestiget hatten, erhielten ihren ursprünglichen Character unverändert. Daß nun die ältesten Servitutenrechte Prädial-Servituten, und zwar servitutes praediorum rusticorum waren, dürfen wir mindestens mit großer Wahrscheinlichkeit annehmen. Sehr natürlich entstand hier die Regel: das Servitutenrecht muß dem Grundstücke, worauf es sich bezieht (nicht blos dessen Besitzer) nützlich seyn [8]), wovon denn eine weitere Folge ist: es müssen beide Grundstücke, das herrschende und das dienende, nicht zu weit von einander entlegen — sie müssen praedia vicina seyn; und aus gleichem Grunde darf denn auch, wenn das Recht in wirklicher Benutzung dessen besteht, was sich auf dem dienenden Grundstücke befindet, die Servitut nicht über den Bedarf des berechtigten Grundstücks ausgeübt werden [9]). Für die einzelnen Arten solcher Nu-

---

außer Zweifel gesetzt, und kann auch ohnehin kein Bedenken leiden. S. Hasse im Rhein. Mus. I S. 73 fg. Note 3. Die Gründe, welche Ulr. Huber prael. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 3. §. 2) dagegen vorbringt, laufen am Ende darauf hinaus, daß man dergleichen Servituten nicht mit den bekannten technischen Benennungen der Personalservituten (usufructus; usus u. s. w.) belegen dürfe; hierin aber stimme ich völlig mit ihm überein.

8) L. 8. pr. D. de *servit.* — S. Schrader Abhandlungen. Th. II. S. 347 fgg.

9) L. 5. §. 1. D. de *servit. pr. rust.*

zungsrechte nun, wie überhaupt für die besonderen Servituten, bildeten sich feststehende Ausdrücke; waren diese bei der Errichtung der Dienstbarkeit gebraucht, so lag hierin eine hinreichende Bestimmung über Art, Gegenstand und Umfang des Rechts. So wußte Jeder, was gemeint sey und wie weit das Recht nur gehen könne, wenn das jus pascendi oder ad aquam appellendi pecoris, das jus hauriendi aquam (der haustus pecoris), cretae eximendae u. s. w. ertheilt war. Es wurde hierbei als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, daß diese Gerechtsame sich auf den wirthschaftlichen oder sonstigen Bedarf eines Guts beziehen sollten. Eine Beschränkung konnte wohl hinzugefügt, es konnte bestimmt werden, daß das Recht nur von dem Erwerber ausgeübt werden solle. Aber daß man dies nicht so auslegte, als sey das Recht selbst nunmehr an die Schranken einer regelmäßigen Prädialservitut nicht gebunden, erklärt sich leicht, auch ohne daß es einmal nöthig ist, hierbei den bekannten Grundsatz zu Hülfe zu nehmen, daß Servituten, als Einschränkungen der natürlichen Freiheit des Eigenthums, nicht begünstigt, mithin möglichst einschränkend zu erklären sind. Wollte man in dieser Beziehung ein weitergehendes Recht erlangen, so konnte man dies nur dadurch bewirken, daß man sich einen ususfructus, oder einen usus an dem Object der Servitut ertheilen ließ. Auch diese Ausdrücke hatten ihre feste und abgeschlossene Bedeutung, und sicher fiel es z. B. keinem römischen Juristen ein, den haustus mit dem usus aquae [10]) zu verwechseln, oder darum, weil jenes Recht auf die Person beschränkt war, anzunehmen, daß dem Berechtigten der usus an dem Wasser zustehe. Schloß der besondere Zweck des Rechts eine Beziehung auf das praedium des Berechtigten von selbst aus, — ergab sich hieraus vielmehr, daß es nur eines persönlichen Nutzens wegen begrün-

10) L. 21. D. de *usu et habit.* (VII. 8).

det sey, so mußte es als usus fructus oder usus constituirt seyn, sollte es anders die Bedeutung eines dinglichen Rechts haben; doch darf man wohl nicht zweifeln, daß, wenn auch die civile Errichtungsform, und selbst die technische Benennung fehlte, und nur der eigentliche Zweck des Rechts deutlich bestimmt, auch die Ausübung hinzugetreten war, es nach dem practischen Rechte (tuitione Praetoris) für wohlbegründet galt [11].

Zu dem Gesagten sollen nun die Belege gegeben werden, soweit der Zweck des gegenwärtigen Aufsatzes dies nöthig macht.

Nachdem in der L. 3. D. de *servit. praedior. rust.* (Ulp. Lib. XVII. ad edict.) von einigen servitutes praediorum rusticorum und zwar zuletzt von dem haustus aquae die Rede gewesen ist, heißt es in der folgenden Stelle (L. 4. D. eod. Papinianus. Lib. II. responsor.)

> »Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis, quam personae videtur. *Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi ejus non eadem praestabitur servitus.*«

Also, die genannten Servituten sind Prädial-Servituten, sie beziehen sich nur auf ein praedium; doch können sie auf die Person des Erwerbers eingeschränkt werden. — Sollte in

11) arg. L. 1. pr. D. *quib. modis ususfr. amitt.* (VII. 4.) — «parvi «refert, utrum jure sit, constitutus ususfructus, an tuitione «praetoris.» (die Stelle spricht zwar nur von der Erlöschung des Usus fructus durch capitis deminutio; immer aber ergiebt sich aus ihr, daß ein durch den Prätor geschützter Usus fructus wesentlich gleiche Wirkung mit dem civilrechtlichen, d. h. auf förmliche Weise begründeten, hatte). — L. 1. §. 2. D. de *serv. pr. rust.* « Traditio plane et patientia servitutum inducat officium Praetoris. » Noodt de usufr. Lib. II. c. 2. (opp. P. I. p. 392.) — Vergl. auch überhaupt Noodt probabil. jur. Lib. 1. c. 3. §. 8.

Folge einer solchen Beschränkung auch alle Beziehung auf das Prädium wegfallen, so hätte dies ausdrücklich gesagt werden müssen. Es hier subintelligiren wollen, würde den bekanntesten Regeln über Auslegung einschränkender Verfügungen eben so sehr, als dem ganzen Zusammenhange der Stelle widerstreiten. Beides erfordert vielmehr, daß hinzugedacht werde: „versteht sich jedoch, der sonstigen Natur einer Prädial-Servitut unbeschadet":

Darauf fährt die L. 5. D. *eod.* (wie L. 3. aus Lib. XVII. ad edict.) so fort:

> „Ergo secundum eum et vindicari poterit. §. 1. Neratius libris ex Plautio ait: nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretae eximendae, calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat, et hoc Proculum et Atilicium existimasse ait. Sed ipse adjicit: ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit."

Daß der erste Satz seinem ursprünglichen Zusammenhange nach auf den in L. 3. *eod.* vorgetragenen Lehrsatz des Neratius sich bezieht, kann wohl nicht füglich bezweifelt werden [12]. Indessen eben so wenig dürfte es zweifelhaft seyn, daß die Compilatoren, welche hier, wie auch sonst häufig, mehrere Stellen zu einem dem Sinne nach verwandten Ganzen zu verbinden suchten, damit sagen wollten, daß in allen vorgenannten Fällen — also auch, wenn das jus pascendi u. s. w. auf die Person des Erwerbers beschränkt sey, — das Recht einen dinglichen Character habe [13]. — Die folgenden Aeu-

---

12) S. **Labitti usus judicis Pandectarum. c. 3. §. 1.** (in **Wielingii jpdtiae restit. P. poster. p. 36**), welcher das **Pr.** unserer Stelle so paraphrasirt: « **ergo secundum eum (Neratium) iter ad flumen publicum vindicari poterit.** »

13) Mit der Glosse die Worte « **Ergo — vindicari poterit** » lediglich auf den Schlußsatz der **L. 4.** zu beziehen, geht freilich aus gram-

ßerungen enthalten dann wieder nur andere Beispiele solcher Servituten, welche ihrem Begriffe nach ein benachbartes Prädium voraussetzen, wobei also auch der Umfang der Berechtigung sich nach dem Bedarf des Prädii richtet (als: der haustus pecoris, das jus cretae eximendae u. a.) Hiernächst schalten die Compilatoren (in der L. 6. *eod.* Paulus Lib. XV. ad Plautium) ein anderes Beispiel ein, um zugleich zu zeigen, wann das Recht nur als persönlicher Nießbrauch bestehen könne.

„Veluti si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur (sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur), aut ut dolia fierent, vel tegulae ad villam aedificandam. Sed, si ut vasa venirent figlinae exercerentur, ususfructus erit."

Also: wer eine Töpferwerkstatt hat, um in derselben Geschirr zum Transport der auf seinem Gute gewonnenen Früchte anzufertigen, übt das jus calcis coquendae, cretae eximendae u. a. als ein auf das Prädium sich beziehendes Recht — gleichviel, ob mit oder ohne Beschränkung auf die Person — aus. Treibt er aber Handel mit den Geschirren, — betreibt er also das Töpferhandwerk als Gewerbe, so kann ein darauf sich beziehendes (dingliches) Recht nur als Usufruct (oder Usus) existiren. — Die Schlußworte der Stelle („si ut vasa venirent figlinae *exercerentur*, ususfructus *erit*") enthalten übrigens auch eine Bestätigung des oben (zur Note 11) vorgetragenen Satzes, daß es nach dem practischen Rechte zur Constitution des persönlichen Nießbrauchsrechts hinreichte, wenn der Zweck deutlich ausgedrückt wurde und eine Ausübung des Rechts (versteht sich mit dem Willen

---

matischen Gründen nicht an, man müßte sie denn für gleichbedeutend halten dürfen, mit: „secundum eum vindiciae dici possunt" (Gaji Inst. IV. 16), was ich indessen nicht behaupten will.

des Eigenthümers) hinzutrat. Und ein anderes dahin gehöriges Beispiel findet sich in der L. 37. D. *de serv. praed. rustr:* Es ist Jemanden das Recht eingeräumt, von einer gewissen Quelle einen Arm nach seiner Wohnung, oder wohin er sonst will, abzuleiten. Dies erklärt Paulus für einen eigentlichen usus. „Paulus respondit, usum aquae personalem ad heredem Seji, *quasi usuarii* [14]) transmitti non oportere." War dagegen für das zu errichtende Recht schlechthin ein Ausdruck gebraucht, worunter man nach alter Gewohnheit eine Prädialservitut verstand, so lag hierin von selbst eine Beschränkung desselben auf den Bedarf eines praedium vicinum, und besaß der Berechtigte ein solches nicht, so existirte auch überall kein Recht.

Dafür nun enthält die in der Überschrift genannte Stelle (L. 14. §. 3. *de aliment. vel cibariis legatis*, Ulpianus Lib. II. *Fideic.)* ebenfalls ein gutes Zeugniß [15]). Sie lautet wie folgt:

---

14) So bezeichnet Paulus das Recht des Sejus ohne Zweifel aus dem Grunde, weil die Errichtung des usus nicht förmlich geschehen (der usus nicht *jure constitutus*) war.

15) Ich habe dies schon in meiner doctrina Pandectar. (Vol. II. §. 279. not. 9. der 3. Aufl. geäußert. Dagegen findet sich in einer neueren Druckschrift ( — die ich nicht näher bezeichnen will, da sie sich selbst als ein Collegienheft ankündigt, ich also nicht eigentlich weiß, mit welchem Gegner ich es hier zu thun habe. —) Folgendes erinnert: «Eine neue Behauptung hat Mühlenbruch, welche dahin geht, es sey bei solchen Personalservituten etwas von den realibus beibehalten, nämlich der Satz, daß der Servitut-Inhaber ein vicinus seyn müsse, und zwar wegen L. 14. §. 3. *de alimentis.* Allein die Sache wäre ganz wunderlich, weil man doch einer Person nicht befehlen kann, wo sie wohnen soll, und weil auf ein praedium dominans nichts ankomme, wenn eine Servitut, welche sonst gewöhnlich realis ist, nun als personalis ertheilt wird. Jenes Fragment sagt auf alle Fälle nichts für Mühlenbruch, weil es durchaus keinen ordentlichen Sinn giebt, wenn man nicht mit Cujaz «non inutiliter liest».— Ob meine Meinung nichts wie eine grund-

„Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponeretur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. *Nam et* (*al:* et si) *haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur; in eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi:* haec enim aqua personae relinquitur."

Es würde eine nutzlose Arbeit seyn, die einzelnen über diese Stelle zum Vorschein gekommenen Interpretations-Versuche und Verbesserungs-Vorschläge aufzuzählen und einer Kritik zu unterwerfen [16]. Nur so viel. Bei weitem die meisten Juristen glauben, daß vor *inutiliter* ein *non* eingeschoben, also gelesen werden müsse: „tamen ei, qui vicinus non est, *non* inutiliter relinquitur" [17]. Dieser, aller handschriftlichen Autorität entbehrenden, und, ich darf wohl sagen, gewaltsamen Kritik bedarf es hier aber nicht. Nur mit der in den Ausgaben sich findenden Abtheilung oder Verbindung

---

lose Behauptung ist, darf ich jetzt wohl dem Urtheile jedes unbefangenen Lesers anheim geben.

16) M. s. das zahlreiche Verzeichniß der Schriftsteller in den notae ad Dig. von Schulting und Smallenburg (T. V. p. 418 sqq.), wo aber bei weitem noch nicht alle genannt sind, welche über diese Stelle ihre Stimme abgegeben haben.

17) Auch Hasse in seiner Abhandlung über die Bestellung der Servituten durch Verträge hat sich beiläufig dafür erklärt (Rhein. Mus. I. S. 77).

der Sätze wird eine kleine Veränderung vorgenommen werden dürfen. — Man weiß, daß die ältesten Handschriften fast ohne alle Interpunction und sonstige Abtheilungszeichen, die in den spätern sich findenden Trennungszeichen aber höchst unvollständig und willkührlich sind. Die früheren Editoren verfuhren bei Verbindung und Trennung der Sätze keinesweges mit kritischer Genauigkeit, und dennoch pflegt man gerade diesem Theile ihrer Arbeiten die meiste Anhänglichkeit zu beweisen. So gut aber, wie die Herausgeber berechtigt waren, die Wörter oder Sätze auf diese oder jene Art zu trennen und zu verbinden, sind auch die Leser es; man emendirt dadurch nicht den Text, sondern berichtigt nur die Ausgaben [18]. Wer also blos durch veränderte Interpunction, durch das Einschieben eines Fragezeichens u. s. w. Dunkelheiten und Zweideutigkeiten aufheben, oder handschriftliche Lesarten — zumal wenn sie sich in allen Codices finden — in Schutz nehmen kann, verfährt nicht willkührlich, sondern wendet nur die Regeln über Lesung der Handschriften richtiger an, wie die Editoren dies thaten. Besonders geringe Aufmerksamkeit verwandte man auf die Parenthesen, deren sich ganz gewiß weit mehrere in dem Corpus juris finden, als in den Editionen angegeben sind [19]. — Auch unsere

18) M. s. hierüber Thibaut in den Versuchen Bd. I. Abh. XVI. und bes. S. 350 fgg. (d. 1. Ausg.) Aehnliche Bemerkungen finden wir, gerade in Beziehung auf unsere Stelle, bei Ulr. Huber prael. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 3. §. 2. a. E.) — « *nec haec est emendatio*, quia puncta et commata in Archetypo Florentino nulla, vel rarissima exstant. » — Indessen aller Gebrauch, welchen er davon macht, beschränkt sich darauf, daß er mit Vinnius (oder vielmehr mit Bachovius, den jener auch hier, wie gewöhnlich plündert — ad §. 2. J. de *servit.*) hinter den Worten: « Nam et haustus — — — est servitus » ein Comma oder Punctum setzt, und dann so fortfährt: Personae tamen ejus u. s. w.

19) Ein Beispiel findet sich auch in meiner Lehre von der Cession. S. 80. Note 139 d. 2. Aufl.

Stelle erhält einen guten Sinn, wenn man die durch den Druck ausgezeichneten Worte („Nam et haustus aquae — — — — exprimenda utendi") als Paranthese betrachtet. Ulpian's Responsum würde hiernach so lauten: „Es hatte Jemand seinem Freigelassenen die Alimente, und unter anderem auch freies Wasser vermacht. Über letzteres befragt antwortete ich, da das Vermächtniß sich auf einen Ort beziehe, wo das Wasser gekauft zu werden pflege, so sey es allerdings zu Recht beständig [20]. Auch dürfe man es nicht etwa gleichsam als eine Servitut behandeln, welche Jemand erworben habe, ohne ein praedium vicinum zu besitzen, — also es aus diesem Grunde für ungültig erklären wollen: (Nämlich der *haustus aquae*, so wie das Recht des Viehtriebs, wird auch als persönliche Servitut wirksam doch nur dem Besitzer eines benachbarten Grundstücks verliehen. Und ein Gleiches gilt von dem Rechte, sich über ein fremdes Grundstück tragen oder fahren zu lassen, oder sich der frem-

---

20) Ulpian sagt nur: **esse emolumentum fideicommissi**, also: das Vermächtniß gewähre seinem Inhaber Nutzen, da das Wasser an dem Orte ein Gegenstand von Werth sey. Doch gerade hiervon hing die Gültigkeit ab, da das ganz Nutzlose überall nicht Gegenstand eines Rechtserwerbs seyn kann. **L. 15. pr. D. de** *servit.*

21) Die gewöhnliche Lesart („**Nam et haustus aquae — — — est servitus personae**") läßt den Sinn: es könne dies Recht auch als **servitus personae** bestehen, zur Noth schon zu. Die von Bachov u. A. (S. Note 18) angenommene Lesart und Interpunction bringt nur einen äußern und scheinbaren Zusammenhang in den Satz, hebt aber den innern ganz auf. Alle Schwierigkeit verschwindet übrigens, wenn man mit Haloander u. A. statt *et* liest *et si*. Daß sich diese Lesart in Handschriften findet, bezeugt ausdrücklich Merillus **ad L 12. D de** *servit.*, in **Otto's Thesaur. jur. Rom. T. III. p. 647. Col. 1. in f.** Auch lesen so **Infort. Venet. 1477. Jens.** und **ibid. eod. Rub. ibidem 1500 de Tortis. Lugd. 1550 Senneton.** — Bei Russardus findet sich das *et si* als Variante angeführt.

den Tenne zum Keltern oder Dreschen zu bedienen): denn hier ist nur von einem persönlichen Forderungsrechte die Rede."

Die eingeschalteten Worte dienen also blos zur Erklärung der ratio dubitandi. — Der nämliche Rechtsstoff kann möglicherweise Gegenstand einer bloßen obligatio, einer Personalservitut und einer eigentlichen Prädialservitut seyn. Da nun der haustus aquae und andere, ihrem regelmäßigen Begriffe nach auf ein Prädium sich beziehende Rechte, auch wenn sie als Personalservituten verliehen werden, dennoch ein benachbartes Prädium zu ihrer Ausübung erfordern, so möchte Mancher (will Ulpian sagen) einen solchen Besitz auch hier für nöthig erachten. Allein auf unseren Fall leidet dies keine Anwendung (fährt er fort), da hier überall kein Servitutenrecht, sondern ein persönliches Forderungsrecht gegen die Erben durch das Vermächtniß begründet werden sollte. — Eine Dunkelheit der Rede entsteht allerdings dadurch, daß die zusammen gehörigen Sätze: nec videri inutile esse fideicommissum u. s. w. — und: haec enim aqua personae relinquitur durch einen langen Zwischensatz getrennt sind. Doch wird man deshalb noch nicht berechtigt, den Knoten gewaltsam zu zerhauen, noch dazu auf eine Art, wodurch (abgesehen auch von den übrigen Gründen, welche hier das Einschieben eines *non* verbieten) die Stelle in keiner Weise Sinn und Zusammenhang erhielt.

---

## 2) Über L. 57. D. *de legat. 1*)*.

Wenn ein Testirer eine fremde Sache vermacht, wohl wissend, daß sie ihm nicht zugehöre, so gilt das Vermächt-

---

*) S. hierüber mein Progr. observation. jur. Rom. Spec. I. Regiom. 1818 cap. 2. §. 4. 5. — Da diese Schrift nicht eigentlich in

niß unbedingt, — der Onerirte muß nunmehr entweder die vermachte Sache anschaffen, oder dem Vermächtnißnehmer den Werth zahlen; hält er sie für die seinige, so entsteht dadurch nur ausnahmsweise eine Verpflichtung für den Onerirten, namentlich alsdann, wenn es aus den Umständen wahrscheinlich wird, daß er in jedem Falle, — also auch, wenn er das Sachverhältniß gekannt hätte, — dem Honorirten etwas zugewandt haben würde, was allemal wegen nahen verwandtschaftlichen Verhältnisses mit demselben angenommen werden soll [1]. Nach der Analogie dieser Grundsätze wird dann auch die Frage entschieden: wem die Ablösungsverbindlichkeit obliegt, wenn eine verpfändete Sache vermacht ist, — ob dem Onerirten oder dem Vermächtnißnehmer? [2]) Ein in der Sache liegender Unterschied zwischen beiden Fällen besteht aber darin, daß das Vermächtniß einer verpfändeten Sache darum noch nicht ungültig ist, weil der Testirer die Verpfändung nicht gekannt hat oder dem Honorirten die Ablösung zur Pflicht macht; denn das Vermächtniß kann ihm immer noch einen Nutzen gewähren, wenn er auch die Sache vom Pfandnexus befreien muß, da das verpfändete Object doch mehr Werth zu seyn pflegt, als die Schuld,

---

den Buchhandel gekommen ist, und ich namentlich meine Erklärung der L. 57. de *leg.* I. nirgends angeführt finde, so wird man diese Mittheilung hoffentlich nicht für überflüssig halten, um so weniger, als sie keineswegs nur eine Uebersetzung oder einen Auszug aus den observationes enthielt.

1) §. 4. J. *de legat.* L. 10. C. *eod.* (VI. 37). — S. überhaupt meine doctr. Pand. Vol. III. §. 733.

2) §. 5. J. *de legat.* „Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placuit, quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus, rem obligatam esse; et ita D. Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere." — L. 6. Cod. *de fideic.* (VI. 42).

wofür es haftet. Hierauf nun beruht meine Erklärung des ersten und schwierigsten Theils der L. 57. de *legat. I*, welche vollständig so lautet:

„Ulpianus Lib. XXXIII ad Sabinum. Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit; si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam. *Vel potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno* [3]. Quodsi testator eo animo fuit, ut, quamquam liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere noluerit, non tamen aperte utique de his liberandis senserit, poterit, fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur. Quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem Praesidis provinciae id ei praestabitur."

Die meisten Ausleger nun nehmen an, daß die Worte vel potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno noch eine besondere Bestimmung über die Einlösungsverbindlichkeit enthalten. Worin diese aber bestehe? darüber herrscht wenig Übereinstimmung. Von den verschiedenen Ansichten über diese Stelle sollen hier folgende hervorgehoben werden:

A. Auch wenn der Testirer die Verpfändung nicht gekannt hat, so liegt dennoch die Einlösungsverbindlichkeit dem Erben ob, falls der Werth der Sache nicht mehr als die Schuld betragt, folglich dem Vermächtnißnehmer, wenn er einlösen müßte, gar nichts übrig bleiben würde [4]. — Also

---

3) Diese Worte (Vel potest u. s. w) sind in den meisten Ausgaben durch ein bloßes Comma von den vorausgehenden getrennt. Nur Contius hat ein Punctum.

4) S. die Accursische Glosse zu dieser Stelle. (Joh. Bassianus und Vivianus). Vinnius ad §. 5. J. de *legat*. nr. 2. Jo. v. de Water observat. jur. rom. Lib. II. c. 13. §. 183. Jan-

der Erbe soll stets die ganze Schuld zahlen, wenn sonst der Honorirte keinen Vortheil haben würde. Hiernach müßte denn, wenn der Werth des Objects den Betrag der Forderung auch nur um ein Geringes übersteigt, nunmehr der Vermächtnißnehmer das Ganze einlösen. Welche Inconsequenz liegt aber darin, und wie wenig paßt diese Meinung zu den Worten Ulpian's! Letzteres fühlte man wohl und suchte daher auf künstliche Weise nachzuhelfen. Es soll bei den Worten: vel potest aliquid u. s. w. die in dem vorausgehenden Satze (nisi si vel hanc, vel aliam relicturus fuisset) liegende Verneinung ergänzt werden; bald will man zwischen den Worten vel – potest das vorherrschende nisi, bald ein bloßes non, bald ein si non, bald ein nisi non subintelligirt wissen. Einige gründen hierauf geradezu eine Emendation des Textes, und in der That lesen auch mehrere Ausgaben des 15. und 16. Jahrhunderts: vel *nisi potest*, oder: vel *nisi non potest* aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno [5]. Allein die Construction wird dadurch so auffallend, ja ungrammatisch (— nisi si — aliam *relicturus fuisset*, vel nisi *potest* aliquid esse superfluum —), daß man schon um deswillen Bedenken tragen muß, dergleichen einem Schriftsteller, wie Ulpian, aufzubürden.

---

chius de negationibus Pand. Flor. adj. p. 29 u. p. 259 sq. Jo. Gottfr. Sammet in opusculis p. 158.

5) So Venet. 1477 Jens. und Rub., ferner Venet. 1500 Tortis. Lugd. 1541 a Porta. Lugd. 1550 Senneton. Venet. 1591. Jun. Daß diese Varianten lediglich durch die Bemerkung des Glossators («Repete si *non*, quod trahitur ex verbo *nisi*, et sic divisim ponitur in repetitione) veranlaßt sind, ist eine sehr wahrscheinliche Bemerkung van de Waters a. a. O. Er selbst meint, daß es zwar einer Emendation des Textes nicht bedürfe, allein das vorausgehende nisi bei dem folgenden Satze sehr füglich hinzu gedacht werden könne, und hier alsdann die Bedeutung von nisi non habe, wofür auch Beispiele aus guten Schriftstellern beigebracht werden könnten. — Ob man auch nur ein solches Beispiel finden werde, muß ich sehr bezweifeln.

B) Geradezu umgekehrt nimmt Cujacius an, daß, wenn gleich dem Testirer der Pfandnerus bekannt gewesen sey, doch allemal der Honorirte die Ablösung bewirken müsse, sobald ihm ein Überschuß verbleibe[6]. Wie schlecht auch dies zu dem vorausgehenden Satze paßt, sieht wohl ein Jeder; darum will A. Matthäus — welcher die Meinung des Cujacius billigt — daß so gelesen werde: „si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est: nisi si alio animo fuerit, vel potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno; si nesciat, a fideicommissario, nisi u. s. w.[7]. Er weis't also den Worten, welche hier die ganze Schwierigkeit machen, ohne weiteres einen andern Platz an, und bringt so ungefähr das obige Resultat heraus, — wobei man denn freilich auch noch wieder über die grammatisch fehlerhafte Construction hinwegsehen muß.

C) H. Donellus will die streitigen Worte dahin verstehen: Der Honorirte dürfe jedenfalls nur so viel, als der Werth der Sache betrage, von der Schuld übernehmen, was alsdann noch zu zahlen sey, müsse von dem Erben entrichtet werden[8]. Dies ist gewiß richtig, ob aber jene Worte so verstanden werden können: „sic tamen, ut eatenus heres luere necesse habeat, quatenus a legatario exsoluto aere alieno superfluum aliquid aeris alieni restabit," — wird wohl bezweifelt werden dürfen, auch ohne die Meinung des Donellus einer ausführlichen Kritik zu unterwerfen.

D) Eine eigenthümliche Meinung hat Eginh. Baro[9]. Er geht davon aus, daß die Wirkung des legatum rei alie-

---

6) Cujacii comment. in h. l. (opp. pr. ed. Par. T. IV. p 1113 in f.)

7) A. Matthaeus in paroem. JCtor. Belg. par. IV. nr. 17.

8) H. Donelli comment. de jure civ. Lib. VIII. c. 19. §. 31. der Ausg. von Bucher. — Ihm stimmt bei Heineccius in den Anmerkungen zu Vinnius ad §. 5. Instit. de legat. nr. 2.

9) in comment. ad Inst. (Pictav. 1555) pag. 249.

nae, und die des legatum rei obligatae wesentlich gleich seien, und argumentirt nun auf folgende Weise: so wie das legatum rei alienae in der Regel gar nicht gilt, wenn der Testator die Sache für die seinige hielt, so verhält es sich auch mit dem Vermächtniß einer, ohne des Testirers Wissen im Pfandnexus befangenen Sache. Dies Vermächtniß ist nämlich unwirksam, außer a) wenn der Testirer erweislich in jedem Falle diese oder eine andere Sache vermacht haben würde, — wo denn aber doch immer der Honorirte die Ablösung übernehmen muß, — oder b) insoweit nach getilgter Schuld für denselben noch etwas übrig bleibt. Und auch dieses höchst seltsame Resultat muß noch erst durch eine ganz willkührliche Änderung des Textes vermittelt werden. Baro will nämlich gelesen wissen: „si nesciat, a fideicommissario, *si vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset eam obligatam, vel si potest aliquid esse superfluum, exsoluto aere alieno.*"

Alle diese verschiedene Meinungen haben auch noch das wider sich, daß sie zu einem Resultate führen, welches von dem abweicht, was sich aus anderweitig bekannten, sehr klar und bestimmt ausgesprochenen Grundsätzen über die Wirkungen des Vermächtnisses einer verpfändeten Sache ergiebt. Und mit diesem stimmt, wie ich glaube, Ulpian völlig überein. Nur darf man die Worte: vel potest aliquid u. s. w. nicht für eine eigentliche Rechtsvorschrift über die Einlösungsverbindlichkeit ansehen, was schon die Fassung des Satzes (wenn wir diese anders für ächt halten dürfen) nicht zuläßt. Sie enthalten vielmehr nur eine Nebenbemerkung, worauf Ulpian von selbst durch eine Vergleichung mit dem fideicommissum rei alienae (denn dieses hatte natürlich Jeder vor Augen, der über das Vermächtniß einer verpfändeten Sache schrieb) hingeführt wurde. — Unter denselben Voraussetzungen nämlich, unter welchen dem Vermächtnißnehmer nur die Einlösung einer verpfändeten Sache obliegt, ist das Vermächtniß einer fremden Sache ganz unwirksam.

Die Verfügung des Testirers z. B.: er vermache das Haus des Sejus dem Titius, dieser solle es sich aber für sein eignes Geld kaufen, würde sich selbst zerstören, wogegen das Vermächtniß einer verpfändeten Sache, mit der Bedingung, dieselbe einzulösen, immer noch wirksam bleibt. Ulpian's Ideengang ist also folgender: Wenn der Testirer den Pfandnexus kannte, muß der Erbe die Schuld tilgen, außer wenn das Gegentheil im Testamente bestimmt ist. War er mit der Verpfändung unbekannt, so liegt die Einlösungsverbindlichkeit dem Vermächtnißnehmer ob, außer wenn sich nachweisen läßt, oder nach den persönlichen Verhältnissen angenommen werden darf, der Testirer würde demselben auch im entgegengesetzten Falle diese oder eine andere Sache hinterlassen haben. Wirksam und nützlich ist aber das Vermächtniß nicht blos in diesem — und überhaupt in dem Falle, wenn der Erbe einlösen muß, sondern auch, wenn dies dem Honorirten selbst obliegt, weil ja die Sache mehr werth seyn kann, als die auf derselben lastende Schuld. Dies nun drückt Ulpian durch die Worte: „vel potest u. s. w. aus, welche man so übersetzen muß: „auch kann ja nach getilgter Schuld noch ein Überschuß für den Honorirten verbleiben.“ Daß „vel potest“ für: *et* potest, oder potest *etiam* stehen kann, bedarf wohl keines nähern Beweises [10]; auch würde man dies schwerlich übersehen haben, fände sich nicht in allen gangbaren Ausgaben eine unrichtige Interpunction (s. Note 3). Allerdings überspringt Ulpian einen Mittelgedanken; allein dieser liegt hier so nahe, wenn man nur die Sätze richtig abtheilt, daß man ihn nicht eben vermißt. Eine Bestätigung aber erhält das, was hier über Ulpian's Ideengang gesagt ist, auch noch durch die unmittelbare Verknüpfung des so eben entwickelten Gedankens mit dem folgenden Satze: „Quodsi testator eo animo fuit u. s. w. Wenn übrigens (fährt Ul-

10) S. Forcellini totius latinitatis Lexicon v. *vel.*

pian fort) der Testirer in dem Falle, wo regelmäßig die Einlösungsverbindlichkeit dem Erben obliegt (nämlich: si scit testator, rem esse obligatam), dennoch das Gegentheil beabsichtigte, so soll er sich darüber deutlich und bestimmt erklären [11]. Unterläßt er dies, so muß dennoch allemal der Erbe einlösen. Zwar können sich die Gläubiger an den Vermächtnißnehmer als Besitzer, mit der hypothekarischen Klage halten [12]; allein dieser kann die Abtretung der Schuldklage wider die Erben verlangen, und auch wenn er die hierauf gerichtete Einrede nicht zur rechten Zeit vorschützen sollte, würde er mit einer utilis actio Schadloshaltung von dem Erben fordern dürfen [13].

---

11) Auch dies hat man nicht deutlich genug gefunden, und entweder durch überkünstliche Interpretationen die vermeinte Dunkelheit zu heben gesucht (z. B. Jac. Gothofredus animadvers. jur. civ. c. 18. in Otto's thes. P. III. p. 314. Jo. Steck anticrit. juris. c. IV.), oder wieder zu einer Textesveränderung ihre Zuflucht genommen. So wollen Viele hier voluerit statt *noluerit* lesen, was ganz gewiß falsch ist. Ulpian will ohne Zweifel sagen: der Wille des Erblassers soll hier nicht aus bloßen Vermuthungen abgeleitet werden dürfen, wie im entgegengesetzten Falle, wenn regelmäßig der Honorirte einlösen mußte, seine Nichtverbindlichkeit aus der wahrscheinlichen Willensmeinung des Testirers gefolgert wird; sondern der Erblasser muß dies ausdrücklich erklären, wie denn bekanntlich fideicommissarische Verfügungen allemal zu Gunsten des Honorirten ausgelegt wurden.

12) Die gewöhnliche Lesart: „qui *hypothecaria* secum agerent" hält man mit Recht für einen Gräcismus (Meerm. thes. P. I. pag. 352). Uebrigens liest Contius *hypothecariam.*

13) Ueber diesen zweiten Theil der Stelle habe ich mich außer in den observat. jur. rom. (p. 49 sq.) in meiner Cession der Forderungsrechte (S. 461. Note 448) geäußert, worauf hier verwiesen werden kann.